

antwortungsvoll und vorausschauend – auch länder- und staatenübergreifend – geplant und Hochwasservorsorge betrieben haben. Unterliegergemeinden können sich gegen Planungen von Oberliegergemeinden mittels Normenkontrollantrag zur Wehr setzen, wenn die Planung nachweisbare städtebauliche Auswirkungen auf die Hochwassersituation im eigenen Gemeindegebiet hat und sich diese Auswirkungen gerade auf die Aktivitäten der planenden Gemeinde zurückführen lassen.

Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Bernhard Stüer,  
Münster/Osnabrück

## Bahnflächen in der gemeindlichen Bauleitplanung – Freistellung und Baurecht auf Zeit\*

*Die Gemeinden können das Baurecht auf Zeit (§ 9 II BauGB) nutzen, Bahnflächen bereits vor der endgültigen Freistellung nach § 23 AEG in die kommunale Bauleitplanung zu überführen. Mit Einleitung des Bauleitplanverfahrens sollte ein Antrag auf Freistellung nach § 23 AEG gestellt werden. Eine Antragstellung ist auch durch die Gemeinde möglich. Die betroffenen Flächen bzw. Bahnanlagen sind lediglich hinreichend bestimmt zu bezeichnen. Die Festsetzungen des Bebauungsplans können in Kraft treten, wenn das Infrastrukturunternehmen auf Grund einer Entbehrlichkeitsprüfung davon ausgeht, dass die Bahnanlage insgesamt oder teilweise sowie gegebenenfalls unter Auflagen nicht mehr benötigt wird. Die Bedingung ist erfüllt, wenn die Freistellung nach § 23 AEG erfolgt ist.*

### I. Ausgangssituation

Mit der Umstrukturierung der Bahn werden zahlreiche ehemalige Bahnliegenschaften nicht mehr für Bahnzwecke benötigt. Es stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der bisherige Sonderstatus der Bahn in die gemeindliche Planungshoheit überführt werden kann. Auf diesem Felde treffen naturgemäß unterschiedliche Interessen aufeinander. Der Eisenbahninfrastrukturunternehmer ist an einer aus seiner Sicht adäquaten Folgenutzung interessiert. Die Gemeinden haben zumeist das Interesse, die für Bahnzwecke nicht mehr benötigten Flächen möglichst rasch in ihre kommunale Planungshoheit zu überführen. Investoren brauchen hierfür möglichst frühzeitig Planungssicherheit.

Die Ausgangssituation im Verhältnis von Bahn und Kommunen ist dadurch geprägt, dass die Gemeinde Trägerin der Bauleitplanung ist, zugleich aber den Vorrang der Bahn als Vorhaben der privilegierten Fachplanung wahren muss. Für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung sind die Gemeinden verantwortlich (§ 1 BauGB). Sie steuern über die Bauleitpläne die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe des Baugesetzbuches. Als Teil der Fachplanung von überörtlicher Bedeutung ist die Eisenbahnplanung unter den Voraussetzungen des § 38 BauGB privilegiert. Danach sind auf Planfeststellungsverfahren und sonstigen Verfahren mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung für Vorhaben mit überörtlicher Bedeutung die §§ 29–37 BauGB nicht anzuwenden, wenn die Gemeinde beteiligt wird; städtebauliche Belange sind zu berücksichtigen<sup>1</sup>.

Im Verhältnis zu anderen Planungsträgern hat die eisenbahnrechtliche Planfeststellung Vorrang, so weit die Nutzung der privilegiert zugelassenen Bahnanlagen betroffen ist. Nach § 4 I AEG sind die Eisenbahnen verpflichtet, ihren Betrieb sicher zu führen und die Eisenbahninfrastruktur, Fahrzeuge und Zubehör sicher zu bauen und in betriebssicherem Zustand zu halten. Baufreigabe, Abnahme, Prüfungen und Zulassungen nach Maßgabe anderer Gesetze und Verordnungen obliegen für Betriebsanlagen und Schienenfahrzeuge der Eisenbahnen des Bundes dem Eisenbahn-Bundesamt (§ 4 II AEG). Der Vorbehalt zu Gunsten von Fachplanungen gem. § 38 S. 1 BauGB betrifft nicht nur die Anwendbarkeit der §§ 29–37 BauGB, sondern beschränkt die Gemeinde auch im Gebrauch ihrer Planungshoheit in Bezug auf die vorhandene Anlage der Fachplanung. Die Gemeinde darf daher nicht durch ihre Bauleitplanung in die zweckentsprechende Nutzung des Bahngeländes eingreifen. So ist sie nicht berechtigt, durch einen Bebauungsplan im Bereich einer Bundesbahnanlage etwa ein allgemeines Bauverbot festzusetzen und damit dem privilegierten Nutzungszweck der Bahnanlage zu widersprechen<sup>2</sup>. Der Vorbehalt in § 38 BauGB hindert allerdings nicht an solchen Festsetzungen durch Bebauungsplan, die inhaltlich der bestehenden Zweckbestimmung einer Fläche als Bahnanlage nicht zuwiderlaufen. Ist die Aufhebung der besonderen bahnrechtlichen Zweckbestimmung einer Fläche zu erwarten, steht der Gemeinde frei, die für diesen Fall in Aussicht stehenden Nutzungswünsche von vornherein in die von ihr bauplanungsrechtlich für angemessen und erforderlich erachtete Richtung zu lenken. Dies kann unter entsprechenden Voraussetzungen auch durch eine Veränderungssperre und die Zurückstellung von Baugesuchen geschehen<sup>3</sup>.

Der Bau von Betriebsanlagen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens hat dabei in der Regel überörtliche Bedeutung nach § 38 S. 1 BauGB<sup>4</sup>. Denn nach dem durch das BauROG 1998 veränderten Wortlaut des § 38 BauGB ist nicht mehr auf die voraussichtliche planerische Kraft der einzelnen Gemeinde<sup>5</sup>, sondern es ist auf die überörtlichen Bezüge des Vorhabens abzustellen. Solche überörtlichen Bezüge sind nach Auffassung des *BVerwG* bei dem Bau von Betriebsanlagen der Eisenbahn in der Regel gegeben<sup>6</sup>.

### II. Widmung der Bahnanlagen

Anlagen der Bahn haben durch die Widmung einen Vorrang, der nur durch förmliche Entwidmung beseitigt werden kann. Hierzu hat das *BVerwG*<sup>7</sup> unter Geltung der bisherigen Rechtslage vor In-Kraft-Treten des § 23 AEG folgende Grundsätze entwickelt: Die Entwidmung setzt einen klar erkennbaren, eindeutigen Hoheitsakt der Bahn voraus. Solange die Widmung besteht, ist die Fläche, auf die sie sich bezieht, einer entgegenstehenden kommunalen Planung entzogen. Für einen seit Jahrzehnten betriebenen Schienenweg geht das *BVerwG* von einer entsprechenden Widmung aus. Eine gewidmete Betriebsanlage des Eisenbahninfrastrukturunternehmens verliert ihre planungsrechtliche Zweckbestimmung aber nur durch einen eindeutigen Hoheitsakt, der für jedermann klare Verhältnisse darüber schafft, ob und welche Flächen künftig wieder für andere Nutzungen offen stehen.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar in Münster sowie Richter am Amtsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen.

1) *BVerwGE* 79, 318 = NJW 1989, 242; *BVerwGE* 84, 209 = NJW 1990, 464; Stüer, Hdb. d. Bau- und FachplanungsR, 3. Aufl. (2005), Rdnr. 181; ders., Der Bebauungsplan, 3. Aufl. (2006), Rdnr. 171.

2) *BVerwG*, NVwZ-RR 1990, 292.

3) Präsidialverfügung v. 1. 9. 2004.

4) *BVerwG*, NVwZ 2001, 90.

5) *BVerwGE* 79, 318 = NJW 1989, 242.

6) *BVerwG*, UPR 2001, 33.

7) *BVerwGE* 81, 111 = NVwZ 1989, 655; *BVerwG*, NVwZ 1990, 462; NVwZ 1996, 793.

Möglich ist allerdings auch, dass die bestehende Fachplanung einer Fläche als Bahnanlage infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet wird<sup>8</sup>. Der Bebauungsplan selbst darf daher nach der bisherigen Rechtslage vor In-Kraft-Treten des EAG Bau nicht in Kraft gesetzt werden, solange die zu beplanende Fläche ihren Rechtscharakter als Bahnanlage noch nicht verloren hat<sup>9</sup>. Die Gemeinde, auf deren Gebiet die Bahnanlage liegt, hat auf Grund ihrer Planungshoheit allerdings einen Anspruch darauf, dass das Infrastrukturunternehmen seine in Bezug auf die Bahnanlage beabsichtigten Dispositionen in einer eindeutigen hoheitlichen Willensäußerung frühzeitig und umfassend offen legt. Über die Zulässigkeit einer „bahnfremden“ Nutzung kann durch Vorbescheid bereits entschieden werden, wenn in Aussicht steht, dass die für das Vorhaben benötigte Fläche ihre Zweckbestimmung als Bahnanlage demnächst verlieren und damit aus der bahnrrechtlichen Planungshoheit herausfallen wird<sup>10</sup>.

Für die durch die Teilung Deutschlands stillgelegten Strecken hat das BVerwG folgende Grundsätze aufgestellt: Ein Indiz für die endgültige Aufgabe der Trasse kann auch darin liegen, dass Schienen und Bahnschwellen abgebaut worden sind und die Trasse dem freien Bewuchs überlassen wurde. Es muss sich jedoch ein eindeutiger Wille der zuständigen Verantwortlichen feststellen lassen, dass die Strecke aufgegeben werden soll. Der tatsächliche Zustand der Trasse hat dafür nur Indizcharakter. Ist die Bahnstrecke aber auch nach der deutschen Teilung im Jahre 1945 nur eingleisig fortbetrieben worden, so besteht sie fort mit der Folge, dass es einer erneuten Planfeststellung für die Wiederaufnahme des Bahnverkehrs nach der deutschen Einheit nicht bedarf<sup>11</sup>.

Scheidet bei der Wiederinbetriebnahme teilungsbedingt stillgelegter Bahnanlagen ein Lärmschutzanspruch nach der 16. BImSchV mangels Erheblichkeit eines baulichen Eingriffs oder mangels Kausalität eines Eingriffs für die Lärmerhöhung aus, so bedeutet das nicht, dass der durch die Wiederinbetriebnahme verursachte Lärm bei der Planfeststellung für Baumaßnahmen, die mit der Wiederinbetriebnahme etwa im Falle der Elektrifizierung funktional zusammenhängen, von vornherein unberücksichtigt bleiben kann. Die Anwohner haben jedenfalls dann, wenn die zu erwartenden Immissionen für sie eine Eigentums- oder Gesundheitsbeeinträchtigung darstellen können, einen Anspruch darauf, dass diese Belange in die Abwägung eingestellt und angemessen berücksichtigt werden<sup>12</sup>.

Der gesetzliche Auftrag, nicht mehr für Eisenbahnzwecke benötigte Grundstücke zur Finanzierung der Eisenbahn des Bundes zu verwerten, rechtfertigt allerdings keine Verletzung der Planungshoheit der Gemeinde. Eine Erklärung, welche die Freigabe von Bundesbahngelände nur für den Fall einer positiven Bescheidung einer bestimmten Bauvoranfrage in Aussicht stellt, ist daher unzulässig<sup>13</sup>.

Die Widmung bezieht sich auf Grundstücke, betrifft aber in der Sache Anlagen der Bahn. Deshalb könnte es sachgerecht sein, die Überplanung von Bahnflächen der gemeindlichen Planung nur in dem Umfang zu entziehen, wie ein entsprechender Schutz der Bahnanlagen einschließlich des dafür erforderlichen Umfeldes dies gebietet. Damit sind gewidmete Bahnflächen nicht generell einer Bauleitplanung oder einer Beurteilung nach §§ 34, 35 BauGB entzogen, sondern nur in dem Umfang, wie ein Widerspruch zur Widmung entstehen kann und dies zum Schutz der Bahnanlagen erforderlich und zweckmäßig ist.

### III. Freistellung der Betriebsanlagen

Diese Rechtslage hat durch das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften<sup>14</sup> eine neue Facette erhalten. § 23 AEG 2005 enthält eine Regelung über die Frei-

stellung der Betriebsanlagen einer Eisenbahn und damit eine Regelung über den Übergang des bisherigen eisenbahnrechtlichen Sonderrechts in das allgemeine Bauplanungsrecht der Gemeinden. Die zuständige Planfeststellungsbehörde stellt danach für Grundstücke, die Betriebsanlagen einer Eisenbahn sind oder auf denen sich Betriebsanlagen einer Eisenbahn befinden, auf Antrag des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, des Eigentümers des Grundstücks oder der Gemeinde, auf deren Gebiet sich das Grundstück befindet, die Freistellung von den Bahnbetriebszwecken fest, wenn kein Verkehrsbedürfnis mehr besteht und langfristig eine Nutzung der Infrastruktur im Rahmen der Zweckbestimmung nicht zu erwarten ist. Vor der Entscheidung hat die Planfeststellungsbehörde Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nach § 1 II des Regionalisierungsgesetzes bestimmten Stellen, die zuständigen Träger der Landesplanung und Regionalplanung, die betroffenen Gemeinden sowie Eisenbahninfrastrukturunternehmen, soweit deren Eisenbahninfrastruktur an die vom Antrag betroffene Eisenbahninfrastruktur anschließt, durch öffentliche Bekanntmachung im Bundesanzeiger zur Stellungnahme aufzufordern. Die Entscheidung über die Freistellung ist dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, dem Eigentümer des Grundstücks und der Gemeinde, auf deren Gebiet sich das Grundstück befindet, zuzustellen. Die zuständigen Träger der Landesplanung und Regionalplanung sind zu unterrichten.

Es spricht einiges dafür, dass das Verfahren der Freistellungserklärung nach § 23 AEG eine gesetzlich abschließende Regelung enthält, die an die Stelle der bisher förmlich nicht geregelten Verfahren tritt. Soll also eine Entwidmung erreicht werden, so steht hierfür das Verfahren nach § 23 AEG zur Verfügung. Auch ein Wegfall der Privilegierung auf Grund einer Funktionslosigkeit ist daher grundsätzlich in dem Verfahren des § 23 AEG festzustellen. Die Entwidmung kann allerdings neben dem Freistellungsverfahren des § 23 AEG auch in einem anderen Planfeststellungsverfahren erfolgen, das eine entsprechende Regelung im Planfeststellungsbeschluss enthält.

Den Antrag nach § 23 AEG kann das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, der Grundstückseigentümer oder die Belegenheitsgemeinde stellen. Für die bisherige Entwidmungsvorgang stellte die Präsidialverordnung des Eisenbahnbundesamtes i. d. F. vom 1. 9. 2004 entsprechend hohe Anforderungen. Der Antrag auf Freistellung muss diesen Anforderungen nicht bereits vollinhaltlich entsprechen. Vielmehr ist ausreichend, dass der Antrag auf Freistellung das betroffene Grundstück hinreichend bestimmt bezeichnet. Die für die Freistellung erforderlichen weiteren Unterlagen müssen demgegenüber nicht bereits bei der Antragstellung beigelegt sein. Vielmehr sind die Verfahrensbeteiligten nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung zu einer entsprechenden Mitwirkung verpflichtet, wie sie etwa auch für die Behördenbeteiligung im Verfahren der Bauleitplanung üblich ist (§ 4 BauGB). So hat insbesondere das Eisenbahninfrastrukturunternehmen alle verfügbaren Informationen in das Verfahren einzubringen und an der Erstellung der erforderlichen Unterlagen mitzuwirken. § 23 AEG geht davon aus, dass gerade im Beteiligungsverfahren durch die Verfahrensbeteiligten weitere Informationen eingespeist werden, die eine sachgerechte abschließende Entscheidung über die Frei-

8) BVerwG, ZUR 2003, 247.

9) BVerwGE 81, 111 = NVwZ 1989, 655; BVerwGE 99, 166 = NVwZ 1996, 394; BVerwG, NVwZ-RR 1998, 993.

10) BVerwGE 81, 111 = NVwZ 1989, 655.

11) BVerwG, NVwZ 1996, 793 = LKV 1996, 246; NVwZ 1996, 394; NVwZ-RR 1999, 720; BVerwGE 110, 81 = NVwZ 2000, 567.

12) BVerwGE 110, 81 = NVwZ 2000, 567, im Anschluss an BVerwGE 107, 350 = NVwZ 1999, 539; zur Bekanntgabe der Entwidmung OVG Münster, BauR 1993, 383.

13) BVerwG, NVwZ-RR 1998, 542.

14) Vom 27. 4. 2005 (BGBl I, 1138).

stellung ermöglichen. Der Infrastrukturunternehmer hat daher seine Informationen und Unterlagen im Rahmen der Stellungnahmemöglichkeit nach § 23 II AEG in das Freistellungsverfahren einzubringen. Es empfiehlt sich, dies in einer Novellierung der Präsidialverfügung klarzustellen<sup>15</sup>.

Im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie können die Gemeinden einen Anspruch auf sachgerechte Entscheidung über die Freistellung geltend machen. Ist ein eisenbahnrechtliches Verkehrsbedürfnis auf Dauer nicht mehr gegeben, muss die Planfeststellungsbehörde die Freistellung verfügen. Allerdings hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen fachlichen Entscheidungsspielraum, die eisenbahnrechtlichen Erfordernisse zu formulieren.

#### IV. Baurecht auf Zeit – Grundlagen

Das EAG Bau 2004 hat das Baurecht auf Zeit eingeführt. Die Gemeinde kann nach § 9 II BauGB im Bebauungsplan in besonderen Fällen festsetzen, dass bestimmte der in ihm festgesetzten baulichen und sonstigen Nutzungen und Anlagen nur (1) für einen bestimmten Zeitraum zulässig oder (2) bis zum Eintritt bestimmter Umstände zulässig oder unzulässig sind. Die Folgenutzung soll festgesetzt werden. Hierdurch ist die Gemeinde berechtigt, befristetes oder bedingtes Baurecht zu schaffen. Die Regelung bezieht sich vom Grundsatz her auch auf Folgenutzungen für Bahnanlagen. Hierfür kann ein bedingtes Baurecht festgesetzt werden (§ 9 II 1 Nr. 2 BauGB). Die Festsetzungen sind nur in besonderen Fällen zulässig. Zudem muss der Bahnvorrang, der sich aus der privilegierten Fachplanung ergibt, gewahrt werden (§ 38 BauGB)<sup>16</sup>.

Das Baurecht auf Zeit ermächtigt daher die Gemeinden, bereits vor der förmlichen Entlassung aus dem eisenbahnrechtlichen Regime planungsrechtliche Regelungen hinsichtlich der Folgenutzungen zu treffen. Allerdings darf der eisenbahnrechtliche Vorrang dadurch nicht beeinträchtigt werden. Dies stellt an die planungsrechtlichen Regelungen der Gemeinde entsprechende Anforderungen.

Das Baurecht auf Zeit bezieht sich nach § 9 II BauGB auf bestimmte Nutzungen, die den gesamten Bebauungsplan aber auch nur einen Teil des Bebauungsplans betreffen können. Geht der räumliche Geltungsbereich des Bebauungsplans über die Bahnanlagen hinaus, sind die anderen Festsetzungen nicht notwendigerweise von einer Freistellung nach § 23 AEG abhängig. Vielmehr können sie unter Beachtung des Abwägungsgebotes gegebenenfalls auch unabhängig von den unter dem Vorbehalt der Freistellung stehenden Festsetzungen In-Kraft-Treten.

#### V. Vorliegen besonderer Gründe

Das Baurecht auf Zeit ist an das Vorliegen besonderer Gründe gebunden (§ 9 II BauGB). Es bedarf daher einer entsprechenden städtebaulichen Rechtfertigung, die über eine allgemeine Veranlassung einer städtebaulichen Planung hinausgeht. Dies gebietet die Eigentumsgarantie aber auch – hier speziell – der Vorrang der privilegierten Fachplanung gegenüber der Bauleitplanung.

Im Hinblick auf die Freistellungsregelung in § 23 AEG erscheint es zweckmäßig, dass das Bauleitplanverfahren erst eingeleitet wird, wenn ein entsprechender Antrag auf Freistellung gestellt und damit das Freistellungsverfahren eingeleitet ist. Zwingend erforderlich ist das allerdings nicht, weil der Aufstellungsbeschluss im Hinblick auf die Widmung der Bahnflächen noch keine Wirkungen hat. Die Gemeinde kann die Einleitung dieses Verfahrens durch einen entsprechenden Antrag bewirken. Komplette Unterlagen, die für die abschließende Entscheidung über den Antrag auf Freistellung erforderlich sind, müssen mit der Antragstellung nicht bereits vorgelegt werden.

Das bedingte Baurecht im Hinblick auf Bahnflächen darf allerdings nur ausgewiesen werden, wenn die Bahn durch eine Entbehrlichkeitsprüfung kundgetan hat, dass die Widmung der Bahnflächen ganz oder teilweise aufgegeben werden kann. Die Entbehrlichkeitserklärung kann sich auf die gesamte Fläche beziehen. Sie kann aber auch eine Teilfläche bzw. einzelne Anlagen ausnehmen oder unter entsprechenden Auflagen erteilt werden. Als Bedingung ist in die Bauleitplanung aufzunehmen, dass die einzelnen Festsetzungen in Kraft treten, wenn eine Freistellung nach § 23 AEG durch die Planfeststellungsbehörde erklärt worden ist oder eine Entwidmung auf andere Art durchgeführt wurde. Durch diese verfahrensrechtlichen Anforderungen sind die mit der Privilegierung des § 38 BauGB zusammenhängenden Rechte der Bahn ausreichend gewahrt.

Das Verfahren der Bauleitplanung kann danach bereits beginnen, wenn eine Entbehrlichkeitsprüfung aus der Sicht der Gemeinde nach Lage der Dinge aussichtsreich ist und ein Verfahren nach § 23 AEG eingeleitet ist. Der Bebauungsplan kann auch für die bedingten Festsetzungen in Kraft gesetzt werden, wenn die Entbehrlichkeitsentscheidung bzw. die Zustimmung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zur Freistellung nach § 23 AEG vorliegt. Der Bebauungsplan kann als Baurecht auf Zeit die Bedingung enthalten, dass die Festsetzungen ganz oder teilweise in Kraft treten, wenn eine Freistellung nach § 23 AEG erfolgt ist oder in anderer Weise – etwa in einem anderen Planfeststellungsbeschluss – eine Entwidmung erfolgt ist.

#### VI. Kooperation

Im Hinblick auf die vorgenannten Verfahrenserfordernisse wird eine Kooperation der Gemeinde mit den Anlagenverantwortlichen und dem Eigentümer in der Praxis unverzichtbar sein, ist allerdings rechtlich nicht zwingend geboten, wenn eine Aussage über die Entbehrlichkeit der Anlage vorliegt. Auch die Anwendung der enteignungsrechtlichen Regelungen (§§ 85 ff. BauGB) ist vom Prinzip her nicht ausgeschlossen, setzt allerdings eine förmliche Freistellung nach § 23 AEG bzw. eine gleichwertige Entscheidung und entsprechend gewichtige Gemeinwohlgründe voraus.

#### VII. Zeitliche Befristung

Das Gesetz enthält keine Vorgaben für eine Befristung in dem Sinne, dass nach Ablauf einer bestimmten Zeit das bedingt angeordnete Baurecht auf Zeit wieder entfällt. Werden keine Fristen festgesetzt, könnte die Regelung aber nach den Grundsätzen der Funktionslosigkeit<sup>17</sup> in der Bauleitplanung wegfallen, wenn wegen veränderter Umstände das Eintreten der Bedingung ausgeschlossen erscheint, etwa weil für die Zukunft auszuschließen ist, dass die Entwidmung tatsächlich erfolgen wird. Auf der anderen Seite kann die Gemeinde nach entsprechender Abwägung durch zeitliche Befristung des Baurechts anordnen, dass von der geplanten Nutzung nur Gebrauch gemacht werden kann, wenn sie innerhalb einer bestimmten Zeit aufgenommen wird. Es muss allerdings im Hinblick auf die Eindeutigkeit und Klarheit ein nach außen hin erkennbarer Umstand Anknüpfungspunkt für das Entstehen bzw. den Wegfall des Baurechts gegeben sein. Es empfiehlt sich, das Ende der zeitlichen Befristung für den Fall anzuordnen, dass das Freistellungsverfahren nach § 23 AEG endgültig gescheitert ist. Ist die Bedingung nicht eingetreten und das bedingte Baurecht daher nicht in Kraft getreten, verbleibt es bei der eisenbahnrechtlichen Nutzung. Eine Nachfolgenutzung (§ 9 II 2 BauGB) braucht die Gemeinde in

15) Eine Novellierung der Präsidialverfügung im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung ist dem Vernehmen nach in Aussicht genommen.

16) Stüer (o. Fußn. 1), Rdnr. 181.

17) BVerwGE 54, 5 = NJW 1977, 2325.

diesen Fällen nicht festzusetzen, da es bei der bisherigen Nutzung verbleibt.

### VIII. Materielle Anforderungen

Baurecht auf Zeit setzt eine entsprechende Abwägung voraus, deren Inhalt in der Begründung darzustellen ist. Dies gilt gegebenenfalls auch für die zeitlichen Schichtungen, vor allem, wenn nur in einem Teil des Bebauungsplans bedingt Baurechte angeordnet sind. Hier ist auch jeweils darzustellen und abzuwägen, wie sich die Nutzungsmöglichkeiten zu den verschiedenen Zeiträumen darstellen. Die Abwägung muss entsprechend qualifiziert sein.

Die planende Gemeinde muss bei der Aufstellung eines Bebauungsplans eine Gesamtabwägung vornehmen und dabei auch prüfen, welche Folgen dies für die Planung hat, wenn die Freistellung der Bahnanlagen nicht gelingt. Geht der räumliche Geltungsbereich des Bebauungsplans über die Bahnanlagen hinaus, hat die Gemeinde im Rahmen der Abwägung zu klären, ob ein Teil der Festsetzungen des Bebauungsplans auch unabhängig von den aufschiebend bedingten Festsetzungen Gültigkeit erlangen kann. Lassen sich die Festsetzungen für die übrigen Teile des Plangebietes von der Bahnanlage nicht trennen, so muss auch insoweit ein entsprechender Vorbehalt angeordnet werden. Haben die Festsetzungen demgegenüber einen von der Freistellung unabhängigen Inhalt, so können sie auch unabhängig davon in Kraft gesetzt werden, ob eine spätere Freistellung erfolgt.

Ergeben sich etwa durch die Überplanung einer Bahnanlage in einem auch andere Teile erfassenden Gesamtplan weitere naturschutzrechtliche Kompensationsanforderungen, so wird die Gemeinde im Rahmen der naturschutzrechtlichen Kompensationsentscheidung nach § 1a III BauGB gegebenenfalls unterschiedliche Fallgestaltungen abzuwägen haben. Kann ein Teil des Bebauungsplans aus der Sicht der Gemeinde unabhängig von der eisenbahnrechtlichen Freistellung verwirklicht werden, so sind die dafür erforderlichen naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen im Bebauungsplan entsprechend festzusetzen. Soweit die Festsetzungen unter dem Vorbehalt einer positiven Freistellung nach § 23 AEG stehen, sind die naturschutzrechtlichen Kompensationsmaßnahmen ebenfalls unter einen entsprechenden Vorbehalt nach § 9 II BauGB zu stellen.

### IX. Entwicklung aus dem Flächennutzungsplan

Der Bebauungsplan ist aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln (§ 8 II 1 BauGB). Dabei ist die städtebauliche Ordnung, wie sie im Flächennutzungsplan in den Grundzügen dargestellt wird, durch konkrete Festsetzungen im Bebauungsplan verbindlich zu regeln (vgl. auch § 214 II BauGB). Das Baurecht auf Zeit ist in § 9 II BauGB (nur) für den Bebauungsplan geregelt. Welche Vorgaben der Flächennutzungsplan in derartigen Fällen haben kann oder sogar muss, ist im Gesetz nicht bestimmt. Denn der Katalog der Darstellungen in § 5 BauGB ist durch das EAG Bau 2004 insoweit nicht erweitert worden. Da der Flächennutzungsplan die städtebauliche Entwicklung der Gemeinde in den Grundzügen darstellt, ist das Entwicklungsgebot eingehalten, wenn die Abweichungen sich aus dem Übergang in die konkretere Planungsstufe ableiten. Allerdings dürfen die Festsetzungen des Bebauungsplans nicht von dem erkennbaren Konzept des Flächennutzungsplans abweichen. Soweit die Festsetzungen des Bebauungsplans daher andere städtebauliche Schwerpunkte setzen, muss zugleich der Flächennutzungsplan geändert werden. Hierfür bietet das Parallel-

verfahren eine gesetzlich geregelte Grundlage (§ 8 III 1 BauGB). Da der Katalog der Darstellungen in § 5 BauGB nicht abschließend ist, wie sich aus der Formulierung („insbesondere“) ergibt, können sich die Darstellungen auch auf die städtebauliche Vorbereitung und Leitung des Baurechts auf Zeit beziehen (§ 9 II BauGB). Das Baurecht auf Zeit kann daher erforderlichenfalls durch entsprechende, ebenfalls zeitlich befristete Darstellungen im Flächennutzungsplan vorbereitet werden<sup>18</sup>.

### X. Rechtsschutz

Wird in die Belange Einzelner unter Verstoß gegen eisenbahnrechtliche Vorschriften oder in die Planungshoheit der Gemeinde unzulässig eingegriffen, so bestehen entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten. Die von Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen in ihren Rechten Betroffenen haben einen Anspruch darauf, dass diese Rechte gewährt werden, jedenfalls nicht ohne entsprechende Schutzauflagen beeinträchtigt werden. Die Gemeinden haben einen Anspruch darauf, dass die Planfeststellungsbehörde über eine beantragte Freigabe von Bahnanlagen unter Beachtung des § 23 AEG 2005 sachgerecht entscheidet.

Rechtsschutz gegen die eisenbahnrechtliche Planfeststellung können in Anspruch genommene und dem Vorhaben benachbarte Grundstückseigentümer sowie Gemeinden suchen. Soll die eisenbahnrechtliche Planfeststellung die Grundlage für die Inanspruchnahme der Grundstücke bilden, haben die Grundstückseigentümer entsprechend weite Klagerechte und können grundsätzlich auch die Verletzung öffentlicher Belange mit Auswirkung auf die Planfeststellung rügen. Die dem Vorhaben benachbarten Eigentümer sind demgegenüber darauf beschränkt, ihre eigenen Belange gegenüber der eisenbahnrechtlichen Planung geltend zu machen<sup>19</sup>.

Einen Anspruch auf Durchführung eines Freistellungsverfahrens nach § 23 AEG haben nur die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, Eigentümer des betroffenen Grundstücks und die Gemeinden als in der Vorschrift benannte Antragsteller. Sonstige private Dritte haben derartige Ansprüche nicht.

Die Gemeinden können im Hinblick auf ihre Planungshoheit Rechtsschutz bei der Beeinträchtigung konkreter gemeindlicher Planungsvorhaben oder auch dann geltend machen, wenn die Maßnahme der Fachplanung weite Teile des Gemeindegebietes betrifft und die Entwicklung der Gemeinde nachteilig beeinflusst<sup>20</sup>. Aus dem Selbstverwaltungsrecht einer Gemeinde folgt auch ein Anspruch darauf, dass ein Träger der überörtlicher Fachplanung bei der Betätigung seines Planungsermessens die gemeindlichen Interessen nicht unberücksichtigt lässt<sup>21</sup> und diese auch in die fachplanerische Entscheidung mit einbezieht. Für das Freistellungsverfahren nach § 23 AEG folgt daraus, dass das Verkehrsinfrastrukturunternehmen auch die kommunalen Planungsinteressen in die Entbehrlichkeitsprüfung einstellt und damit materiell den Anforderungen des § 38 BauGB entspricht. Denn diese Vorschrift gilt nicht nur für die privilegierte Planfeststellung mit dem Inhalt der Zulassung von Vorhaben der Eisenbahninfrastruktur, sondern auch für die Entscheidung darüber, ob

18) Die Darstellungsmöglichkeiten sind wegen der „insbesondere“-Regelung in § 5 BauGB entsprechend weit, so auch BVerwG, NVwZ 2006, 87 – Belastungsgebiete Wangerland; Stüer/Stüer, NuR 2004, 341.

19) BVerwG, NVwZ 1995, 586; BVerwGE 95, 333 = NVwZ 1995, 165.

20) BVerwG, NVwZ-RR 1993, 373; NVwZ 1996, 793 = LKV 1996, 246.

21) BVerwG, NVwZ 2001, 90.

Bahnanlagen aus der fachlichen Sicht noch benötigt werden oder inzwischen entbehrlich sind.

Bei der Überführung von Bahnflächen in die gemeindliche Bauleitplanung sind Bahn und Gemeinde aufeinander angewiesen. Das Baurecht auf Zeit kann dabei in einer Übergangszeit zu einem sachgerechten Interessenausgleich beitragen, in der das Freistellungsverfahren nach § 23 AEG zwar noch nicht beendet ist, Gemeinde und Investoren aber bereits über eine ausreichende Arbeitsgrundlage verfügen, die weiteren Planungs- und Investitionsentscheidungen vorzubereiten.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Michael Rolshoven, Berlin

## Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? – Zum Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen

### Dargestellt anhand aktueller Windkraftfälle\*

*Wer hat Vorrang, wenn konkurrierende Antragsteller Windkraftanlagen auf benachbarten Flurstücken planen, die jeweils für sich zulässig, gemeinsam aber unzulässig sind? Die Unzulässigkeit kann sich z. B. aus Bau-, Immissionsschutz- oder Naturschutzrecht ergeben. Bereits der Sachsen Spiegel kannte den Rechtsatz: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst! Das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält keine solche Vorrangregel. Der folgende Beitrag sucht die Lücke zu schließen, und zwar unter Rückgriff auf das in Literatur und Rechtsprechung vernachlässigte (verwaltungsrechtliche) Prioritätsprinzip.*

#### I. Problemfeld

Nach § 35 I Nr. 5 BauGB sind Anlagen, die der Nutzung der Windenergie dienen, im Außenbereich bevorzugt („privilegiert“) zuzulassen. Windkraftanlagen sind damit im Außenbereich kraft Gesetzes „sozusagen generell geplant“<sup>1</sup>. Diesen grundsätzlichen Vorrang hat der Gesetzgeber mit § 35 III 3 BauGB, dem so genannten Darstellungsprivileg oder Planvorbehalt<sup>2</sup>, sogleich wieder eingeschränkt<sup>3</sup>. Danach sind Windkraftvorhaben im Falle positiver Standortausweisungen im Flächennutzungs- oder Regionalplan („Konzentrationszone“<sup>4</sup>) im übrigen Plangebiet in der Regel<sup>5</sup> planungsrechtlich unzulässig<sup>6</sup>.

Von dem Darstellungsprivileg haben Kommunen und Regionalplanung seit seiner Einführung im Juli 1996<sup>7</sup> vielfach Gebrauch gemacht. Die Folge ist, dass Flächen zur Errichtung von Windkraftanlagen trotz der Privilegierung immer knapper werden. Weitere Folge ist, dass sich in der Verwaltungspraxis zusehends die Frage stellt, wie mit konkurrierenden, also im räumlichen Zusammenhang geplanten und sich deshalb gegenseitig ausschließenden Genehmigungsanträgen, umzugehen ist.

Probleme mit Konkurrenzsituationen kennt das Verwaltungsrecht seit jeher. Bis zu den Verwaltungsgerichten sind die sich dazu stellenden Rechtsfragen jedoch selten gelangt<sup>8</sup>. Im Windkraftbereich treten Konkurrenzfragen indes, auf Grund besagter Flächenverknappung sowie wegen der Ausmaße moderner Windkraftanlagen, verstärkt und zugleich in ganz unterschiedlichem rechtlichen Kontext auf.

Zu nennen ist das öffentliche Bau- und Immissionsschutzrecht, aber etwa auch das UVP- und das sonstige Naturschutzrecht.

Dies alles gibt Anlass, die sich bei konkurrierenden Genehmigungsverfahren stellenden Rechtsfragen näher zu beleuchten: Zur Veranschaulichung und Analyse werden dazu zunächst, nach rechtlichen Anknüpfungspunkten geordnet, die im Windkraftbereich praktisch relevanten Fallgruppen und die dazugehörigen Konkurrenzfragen aufgezeigt (II). Eine gesetzliche Regelung für konkurrierende Vorhaben findet sich im UVP-Gesetz. Ansonsten bleibt nur, auf allgemeine Verwaltungsgrundsätze zurückzugreifen. In der Windkraftbranche ist im Konkurrenzfall oft lapidar vom „Windhundprinzip“ die Rede. Damit ist durchaus ein richtiger Ansatzpunkt genannt, nämlich das (auch) dem Verwaltungsrecht nicht fremde, dort aber meist übergangene Prioritätsprinzip. Ein mithilfe einer Gesetzes- und Rechtsprechungsanalyse konturiertes „Windhundprinzip“ lässt sich dabei nicht nur im Windkraftbereich, sondern allgemein in öffentlich-rechtlichen Zulassungsverfahren fruchtbar machen (zum Ganzen unter III).

#### II. Konkurrenzsituationen nach Sachgebieten: echte oder unechte Konkurrenz?

Zur Illustration sei folgender *Ausgangsfall* vorangestellt und später variiert:

Innerhalb einer Sonderbaufläche für Windenergie stellen A und B für ihre unmittelbar einander angrenzenden Flurstücke jeweils einen Genehmigungsantrag, und zwar für je eine baugleiche Windkraftanlage (Nabenhöhe: 100 m; Rotordurchmesser: 80 m; Gesamthöhe also: 140 m). Die Türme der beiden Anlagen halten zur gemeinsamen Grundstücksgrenze jeweils einen Abstand von ca. 75 m, zueinander folglich einen Abstand von rund 150 m ein. Zunächst reicht A, wenige Tage später B seinen Antrag ein.

\* Der Autor ist Mitglied der Sozietät *de Witt Müller-Wrede*.

1) So bereits *BVerwGE* 28, 148 (150 f.) = *NJW* 1968, 1105; z. B. für § 35 I Nr. 5 BauGB: *VG Frankfurt (Oder)*, Beschl. v. 3. 3. 2005 – 7 L 57/03 (unveröff.); *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 29. 8. 2001 – 2 M 130/01 (unveröff.). Vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr*, *BauGB*, 9. Aufl. (2005), § 35 Rdnrn. 1, 6; anders *Brobm*, *ÖffBauR*, 3. Aufl. (2003), § 21 Rdnr. 3 m. w. Nachw.

2) Zunächst bevorzugte die Rspr. den Begriff „Darstellungsprivileg“: *BVerwGE* 117, 44 (48) = *NVwZ* 2003, 214; *BVerwGE* 117, 287 (294) = *NVwZ* 2003, 733; erstmals: *OVG Lüneburg*, *NVwZ-RR* 2000, 573. Inzwischen bevorzugt das *BVerwG*, ohne inhaltlich Änderung, den Begriff „Plan(ungs)vorbehalt“: *BVerwG*, *NVwZ* 2005, 578 (581); *BVerwG*, *NVwZ* 2005, 211; so erstmals *VGH Kassel*, *NuR* 2003, 434.

3) In den Worten des *OVG Lüneburg*, *BauR* 2002, 895: „[der § 35 III 3 BauGB] ... ist durch das BauGB-ÄndG vom 30. 7. 1996 (BGBl I, 1189) nur zusammen, gleichsam Zug um Zug mit der Privilegierung der Windenergieanlagen eingeführt worden. Diese Privilegierung ist der Einschränkungsmöglichkeit durch Flächennutzungsplandarstellungen und Regionalplanung an Gewicht grundsätzlich gleich“. – Historischer Vorläufer des Darstellungsprivilegs sind die richterrechtlich zugelassenen „Konzentrationsflächen“ für Kiesabbau im Flächennutzungsplan; *grdl. BVerwGE* 77, 300 = *NVwZ* 1988, 54 (56).

4) Die Terminologie legt § 35 III 3 BauGB nicht fest. So wird bei Flächennutzungsplänen u. a. von Vorrangzonen, Eignungs- oder Konzentrationsflächen gesprochen. Es muss sich aber in jedem Fall um eine *Sonderbaufläche* i. S. von § 1 I Nr. 4 BauNVO handeln. Die Darstellung im Flächennutzungsplan bedarf gegebenenfalls der Auslegung unter Zuhilfenahme der Begründung (§ 5 V BauGB), vgl. *OVG Münster*, *NVwZ* 2002, 1135. – Für die *Regionalplanung* hingegen ist mit § 7 IV ROG die Terminologie durch die Legaldefinitionen von Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiets bundesrechtlich vorgegeben.

5) Vgl. zu „Regelausnahmen“ *VG Göttingen*, Beschl. v. 28. 10. 2003 – 2 B 341/03 (juris).

6) *Grdl.* zu § 35 III 3 BauGB *BVerwGE* 117, 287 = *NVwZ* 2003, 733.

7) *BGBl I*, 1189; Entwurf der CDU/CSU- und FDP-Fraktion (BT-Dr 13/1773, 13/4978; vgl. dazu w. Nachw. bei *Kloepfer*, *UmweltR*, 3. Aufl. (2004), § 16 Rdnrn. 144-148.

8) Vgl. *Vofskuhle*, *Die Verwaltung* Nr. 32, 21 (23 ff.), und die Rspr.-Analyse unter III 3 b.